

WYROK
z dnia 17 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Grabarczyk**
Danuta Dziubińska
Ewa Kisiel

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mota Engil Central Europe S.A. w Krakowie, PORR S.A. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach unieważnienie czynności wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach na rzecz STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie kwotę 26.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach – wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”. Przedmiotem postępowania jest „Budowa drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała. Odcinek I/A węzeł „Bieruń” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim” (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia”. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* opublikowane zostało w 6 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 066-170446. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

16 kwietnia 2021 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 129 ust. 2 Pzp przez nieuprawniony wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia;
2. art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp przez błędne uznanie, że w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zaistniały przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki;
3. art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, pomimo niezastąpienia ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu.
4. art. 16 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania w oparciu o obowiązujące przepisy Pzp, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w konsekwencji nieuprawnionego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany trybu postępowania na zgody z przepisami ustawy;
ewentualnie
2. unieważnienie postępowania;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w postępowaniu, jak również z dokumentów złożonych przez odwołującego na uzasadnienie stawianych zarzutów.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamówienie będące przedmiotem tego postępowania nie było i nie mogło być przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienie podstawowego i nie jest zgodne z jego przedmiotem. Wskazał, że zamówienie to było przedmiotem postępowania prowadzonego równoległe z zamówieniem podstawowym „Budowa drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała. Odcinek I węzeł „Kosztowy II” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim”.

Obecnie zamawiający zamierza udzielić zamówienia na około 30 % zamówienia na odcinek I.

Odwołujący wywiódł, że postępowanie dotyczące Odcinka I S1 zostało unieważnione przez zamawiającego 22 lutego 2021 r. Tym samym nie sposób jest uznać, że roboty objęte tym postępowaniem zostały przewidziane już w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, skoro były one przedmiotem innego, odrębnego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że obowiązek przewidzenia zamówienia w ogłoszeniu dotyczącym zamówienia podstawowego, jako jedna z przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, oznacza, że zamawiający już na etapie przygotowywania postępowania wie, że kolejny etap prac polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zadania zamierza powierzyć temu samemu wykonawcy, a wyrazem tego jest wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nie tylko informacji o zamiarze udzielenia zamówień, ale także należy określić przedmiot, zakres i wartość zamówień uzupełniających.

Odwołujący zarzucił również, że zamawiający nie mógł uwzględnić wartości zamówienia uzupełniającego/podobnego w wartości zamówienia podstawowego, albowiem zamówienie to było przedmiotem innego postępowania, tj. postępowania o udzielenie zamówienia: „Budowa drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała. Odcinek I węzeł „Kosztowy II” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim” (bez węzła). Zamawiający „wycinając” część tego zamówienia z zamówienia na Odcinek I niejako dostosował jego zakres do wartości kwoty, jaka pozostała po udzieleniu zamówienia na zamówienia podstawowe.

Wskazując na art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) odwołujący wywiódł, że warunkiem powtórzenia zamówienia jest to, że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedura otwarta lub ograniczona. Zamówienie podstawowe pomimo zbieżności prac wykonywanych w zamówieniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania nie wypełnia przesłanek wiążących zamówienie podstawowe z uzupełniającym. Nie jest to zamówienie przewidziane na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego i nie jest z nim zgodne.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mota Engil Central Europe S.A. w Krakowie, PORR S.A. w Warszawie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu eksponował funkcjonalne powiązanie przedmiotu badanego postępowania z przedmiotem postępowania na odcinek II. Podkreślał, że oba zamówienia stanowią fragmenty całości obiektu liniowego „Budowa drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała i jest uprawniony do tego, aby po unieważnieniu postępowania na odcinek I, zamówienia na część prac dotyczących tego odcinka

udzielić w trybie z wolnej ręki, skoro możliwość udzielenia takiego zamówienia została przez niego wcześniej przewidziana, a przesłanki udzielenia zamówienia zostały spełnione.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Badane postępowanie dotyczy inwestycji „Budowa drogi ekspresowej S1 na odcinku od węzeł Kosztowy II w Mysłowicach do węzła Suchy Potok w Bielsku Białej”. Została ona podzielona przez zamawiającego na cztery odcinki:

1. „Budowa drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała. Odcinek I Kosztowy II (z węzłem) – „Oświęcim” (bez węzła);
2. „Budowa drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała. Odcinek II „Oświęcim” (z węzłem) – Dankowice;
3. „Budowa drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała. Odcinek III Dankowice – węzeł Suchy Potok (z węzłem);
4. „Budowa drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała. Odcinek IV Obwodnica Oświęcimia (DK 44 klasy GP).

Postępowania na wymienione odcinki były prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) – dalej jako „dPzp”.

Zamawiający udzielił zamówienia na odcinek II wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Mota Engil Central Europe S.A. w Krakowie, PORR S.A. w Warszawie, natomiast postępowanie na odcinek I zamawiający unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 dPzp. W uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania zamawiający wskazał m.in., że realizacja obecnego zakresu przetargu, w przyjętych terminach realizacji, jest w tym stanie faktycznym niecelowa i niezasadna. Odcinek Mysłowice - Oświęcim zostałby oddany do użytkowania z co najmniej rocznym, na dzisiaj, opóźnieniem w stosunku do dwóch dalszych odcinków.

W Sekcji VI.3 pkt. 13 ogłoszenia o zamówieniu na odcinek II zamawiający przewidział możliwość udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 dPzp w zakresie opisanym w SIWZ. W pkt. 5.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) TOM I (IDW) zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 dPzp, polegających na powtórzeniu podobnych zamówień, zgodnie z przedmiotem zamówienia podstawowego w zakresie obejmującym m.in.:

1. wykonanie prac projektowych,
2. wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją drogi ekspresowej S1
3. przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, dróg technologicznych, budowy

obiektów inżynierskich, przepustów, chodników, ścieżek rowerowych, systemu odwodnienia korpusu drogowego, sieci melioracyjnej, istniejących cieków, urządzeń ochrony środowiska, infrastruktury związanej i niezwiązanej z drogą, oświetlenia drogowego,

4. robót rozbiórkowych,

5. wycinki drzew.

Zamawiający ustalił, że przewiduje możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa powyżej w szczególności w przypadku gdy:

- zamawiający będzie posiadał środki finansowe na realizację zamówienia;
- strony w wyniku negocjacji uzgodnią wynagrodzenie oraz termin wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa powyżej w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, odpowiednio na takich samych warunkach i zasadach, jakie zostały określone w Umowie dla zamówienia podstawowego (SIWZ Tom II). Oświadczył, że w postępowaniu podstawowym przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia przewidział również wartość zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług i robót. Szacunkowa wartość zamówienia podstawowego została ustalona na kwotę: 837.763.266,67 zł, co stanowi równowartość kwoty 194.299.989,95 euro. Szacunkowa wartość zamówienia podobnego (będącego przedmiotem niniejszego postępowania) została ustalona na kwotę: 418.881.633,33 zł (netto), co stanowi równowartość kwoty 97.149.994,97 euro. Łączna wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wraz z zamówieniami podobnymi została ustalona na kwotę: 1.256.644.900,00 zł, co stanowi równowartość kwoty: 291.449.984, 92 euro.

Zamawiający poinformował, że dotychczas w odniesieniu do zamówienia podstawowego nie udzielono zamówień podobnych i że wartość niniejszego zamówienia nie przekroczy kwoty ustalonej w zamówieniu podstawowym dla zamówień podobnych. Ponadto podniósł, że zamówienie to, tak jak zamówienie podstawowe obejmuje wykonanie prac projektowych i robót budowlanych związanych z realizacją drogi ekspresowej S1, a zatem pozostaje w zgodności z zamówieniem podstawowym:

„Treść zapisów SIWZ - pkt. 5.2 SIWZ TOM I (IDW) dotycząca zamówienia podstawowego, jednoznacznie wskazuje na powiązanie prac przewidzianych do realizacji w ramach zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług i robót z zamierzeniami i planami inwestycyjnymi realizowanymi przez Zamawiającego w ramach zamówienia podstawowego”.

Z dokumentacji zamówienia na odcinek II (pkt. 5.1 SIWZ TOM I - IDW, TOM III PFU) wynika, że zakres tego zamówienia to: (...) zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S1 na odcinku od węzła „Oświęcim” (z węzłem) do miejscowości Dankowice, od km 12+865 do km 28+030. Odcinek zlokalizowany jest na terenie województwa śląskiego i małopolskiego, w powiatach: bieruńsko-łężyńskim, pszczyńskim, oświęcimskim oraz bielskim, na terenie gmin: Bojszowy, Miedźna, Brzeszcze, Wilamowice. Zamówienie będzie realizowane w formule „Projektuj i Buduj”. Zakres przedmiotu zamówienia, obejmuje wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi ekspresowej, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Wykonawca wykona wszystkie niezbędne

opracowania projektowe, uzyska w imieniu i na rzecz zamawiającego konieczne opinie, warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego/Warunkami Kontraktu, wykonana roboty budowlane i uzyska w imieniu/na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie (...) Zgodnie z powyższym w ramach Kontraktu Wykonawca będzie miał obowiązek zaprojektować i wykonać w szczególności;

- 1) drogę ekspresową S1,
- 2) węzły drogowe: Oświęcim, Wola oraz Brzeszcze,
- 3) przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą S1,
- 4) drogi inne niż droga S1 w tym: zmiana przebiegu istniejących dróg, w celu przywrócenia naruszonych połączeń drogowych lub dojazdu do nieruchomości, dodatkowe jezdnie zlokalizowane w pasie drogowym S1,
- 5) zatoki do kontroli pojazdów dla służb Policji i Inspekcji Transportu Drogowego,
- 6) budowę lub przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, skrzyżowań drogi krajowej z linią kolejową,
- 7) przejazdy awaryjne oraz wjazdy awaryjne na drogę ekspresową S1,
- 8) obiekty inżynierskie w ciągu drogi S1 i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą S1,
- 9) system odwodnienia terenu,
- 10) urządzenia ochrony środowiska,
- 11) infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze S1 zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki sanitarne, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne,
- 12) przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych,
- 13) wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych,
- 14) sieć teletechniczną na potrzeby zamawiającego,
- 15) oświetlenie drogowe,
- 16) organizację ruchu i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego,
- 17) oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników dla skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego,
- 18) po zakończeniu Robót wykonać pełną rekultywację terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, Plac Budowy, drogi tymczasowe - wykonane na potrzeby wykonawcy i budowy oraz wszelkich innych terenów przekształconych przez wykonawcę,
- 19) wykonanie napraw w zakresie przywrócenia dróg, nieruchomości użytkowanych przez wykonawcę, lub budynków uszkodzonych w skutek działań wykonawcy do stanu technicznego nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy,
- 20) wznowienie/ustalenie/wydzielenie granic pasów drogowych dróg budowanych w ramach inwestycji,

znajdujących się w liniach rozgraniczających inwestycji, z uwzględnieniem ich projektowanej kategorii i opracować szkic przebiegu granic tych pasów drogowych,

21) wszelkie Roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego wraz z jego ewentualną przebudową i zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań,

22) System Zarządzania Ruchem,

23) wzmocnienie podłoża gruntowego w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem: właściwości gruntów, skał i materiałów, przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami lub zadanymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża), wartości granicznych odkształceń, wymagań określonych w polskich normach, terenów górniczych.

Zamawiający wskazał, że zamówienie dodatkowe polega na powtórzeniu podobnych robót budowlanych i usług, co zamówienie podstawowe. Zamówienie ma być realizowane w formule „Projektuj i Buduj”. Zakres przedmiotu zamówienia, obejmuje zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S1 na odcinku od węzła „Bieruń” (z węzłem) do węzła „Oświęcim” (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia. Przedmiotowy odcinek zlokalizowany jest na terenie województwa śląskiego, w powiecie bieruńsko-łędzińskim, na terenie gmin: Bieruń i Bojszowy. Jak wskazał zamawiający w uzasadnieniu udzielenia zamówienia, „w ramach tego zamówienia Wykonawca będzie miał obowiązek zaprojektować i wykonać w szczególności:

1) drogę ekspresową S1,

2) odcinek drogi krajowej klasy GP w ciągu DK44 (obwodnica Bierunia) oraz odcinek dodatkowej jezdni klasy Z pomiędzy węzłem Bieruń a układem ulicznym Bierunia,

3) węzeł drogowy Bieruń,

4) przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą S1,

5) drogi inne niż droga ekspresowa S1, w tym:

- zmiana przebiegu istniejących dróg, w celu przywrócenia naruszonych połączeń drogowych lub zapewnienia dojazdu do nieruchomości,

- dodatkowe jezdnie, zlokalizowane w pasie drogowym drogi S1;

6) zatoki do kontroli pojazdów dla służb Policji i Inspekcji Transportu Drogowego,

7) budowę lub przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, skrzyżowań drogi krajowej z linią kolejową

8) przejazdy oraz wjazdy awaryjne na drogę S1,

9) obiekty inżynierskie w ciągu drogi S1 i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą S1,

10) system odwodnienia terenu, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy,

11) urządzenia ochrony środowiska,

12) infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze S1,

13) przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej,

14) wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych,

- 15) sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego,
- 16) oświetlenie drogowe,
- 17) organizację ruchu i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego
- 18) oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników dla skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego,
- 19) po zakończeniu pełna rekultywacja terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, Plac Budowy, drogi tymczasowe - wykonane na potrzeby budowy oraz wszelkich innych terenów przekształconych przez Wykonawcę,
- 20) wykonanie napraw w zakresie przywrócenia dróg, nieruchomości lub budynków użytkowanych lub uszkodzonych w skutek działań Wykonawcy do stanu technicznego nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy,
- 21) wznowienie/ustalenie/wydzielenie granic pasów drogowych dróg budowanych w ramach inwestycji, z uwzględnieniem ich projektowanej kategorii wraz z opracowaniem szkicu przebiegu granic tych pasów drogowych,
- 22) wszelkie Roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego wraz z jego ewentualną przebudową i zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań,
- 23) System Zarządzania Ruchem,
- 24) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem m.in. terenów górniczych”.

Zamawiający wyjaśnił, że planowany termin zawarcia umowy to II kwartał 2021 roku. Umowa na realizację zamówienia podstawowego została zawarta w dniu 14.05.2020 r. W konsekwencji udzielenie zamówienia, o którym mowa art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy nastąpić miałyby w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Zamawiającego stwierdził, że zasada powierzenie zamówienia wykonawcy zamówienia podstawowego ma być zachowana poprzez powierzenie wykonania zamówienia Konsorcjum: Porr S.A. i Mota - Engil Central Europe S.A.

Prezentowane ustalenia zostały dokonane na podstawie wymienionych pism i dokumentów. Izba uwzględniła również twierdzenia wynikające z uzasadnienia odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą oferującym na rynku roboty budowlane, zainteresowanym zawarciem umowy z zamawiającym na roboty budowlane stanowiące przedmiot badanego postępowania. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o zamówienie. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu poniesieniem szkody. Brak wszczęcia postępowania w

trybie konkurencyjnym uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a tym samym możliwość uzyskania zamówienia. Pojęcie „dane zamówienie” w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp nie jest ograniczone do umowy, która może być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz powinno być rozumiane jako umowa na określone usługi, dostawy lub roboty budowlane. Taki kierunek wykładni przesłanek dopuszczalności odwołania ukształtował się już pod rządami art. 179 ust. 1 dPzp (*vide* przykładowo wyroki w sprawach: KIO 2099/16, KIO 2021/17, KIO 2007/17 i 2014/17, KIO 18/18, KIO 74/18, KIO 171/18, KIO 1227/18, KIO 1888/18) i wobec tożsamości brzmienia art. 505 ust. 1 Pzp zachowuje aktualność. Źródłem prezentowanej wykładni jest przekonanie, że skoro przesłanki zawarte w art. 505 ust. 1 Pzp przenoszą do polskiego porządku prawnego pojęcia używane w art. 1 ust. 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, to powinny być interpretowane zgodnie z kierunkiem wytyczonym przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE m.in. w orzeczeniach wydanych w sprawach C-100/12 *Fastweb*, C-689/13 *Puligenica Facility Esco* (PFE) oraz C-131/16 *Archus et Gama* wskazał, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie jest ograniczony do prowadzonego postępowania, a pojęcie „danego zamówienia” może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 555 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów ustalonych wskazanymi przez odwołującego okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Pominięto zatem podniesiony na rozprawie zarzut dotyczący niedostatecznego, w znaczeniu nie dość szczegółowego, opisu zamówienia, które zamawiający zamierza powtórzyć w ogłoszeniu o zamówieniu na odcinek II.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne badanego postępowania Izba uznała za niesporne. Przedmiot badanego postępowania stanowi część zamówienia, która miała zostać zrealizowana w ramach zamówienia na odcinek I. Istotą sporu jest, czy zamówienie takie można uznać za zamówienie, którego udzielenie zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania na odcinek II i w konsekwencji, czy spełnione zostały wymagania stawiane przez art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten stanowi przeniesienie do obowiązującej ustawy art. 67 ust. 1 pkt 7 dPzp. Zamawiający wszczął postępowania na cztery odcinki drogi Budowa drogi ekspresowej S1 na odcinku od węzeł Kosztowy II w Mysłowicach do węzła Suchy Potok w Bielsku Białej przed 1 stycznia 2021 r. Jednak skoro zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu 4 kwietnia 2021 r., zatem do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że kontroli w postępowaniu odwoławczym podlega czynność zamawiającego, w okolicznościach sporu jest to czynność wszczęcia postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp. Stroną twierdzącą, że przesłanki zawarte w tym przepisie zostały spełnione jest zamawiający, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne w postaci udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Ciężar udowodnienia, że zachodzą przesłanki uzasadniające odstępstwo od procedury konkurencyjnej spoczywa bowiem na podmiocie powołującym się na te okoliczności (*vide* przykładowo wyroki TSUE w sprawach C - 199/85, C-394/02, C - 385/02). Pogląd o obciążeniu zamawiającego ciężarem dowodu w zakresie podstaw zastosowania trybu z wolnej ręki jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie dotyczącym art. 67 ust. 1 pkt 6 dPzp i wobec tożsamości brzmienia art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp zachowuje aktualność. Dostrzec też trzeba, że wbrew twierdzeniu zamawiającego, odwołujący nie był bierny dowodowo i złożył dowody na poparcie twierdzenia, że badane zamówienie stanowi wydzielony fragment postępowania na odcinek I, które zamawiający unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 dPzp.

Nie podzielono również poglądu zamawiającego, że spór ma charakter wyłącznie faktyczny, a okoliczności i podstawę prawną unieważnienia postępowania na część I należy pominąć.

Po pierwsze, nie można za spór co do faktów uznać badania spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Rozstrzygnięcie tego sporu wymaga bowiem subsumpcji ustalonych okoliczności faktycznych do normy prawnej, nie zaś, jak chciałby zamawiający, jedynie porównania opisu przedmiotu badanego postępowania z postanowieniem pkt 5.2 SIWZ postępowania na odcinek II. Ponadto ocena, czy przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki zostały spełnione, ma zasadniczo charakter prawny. Spór rozstrzygany przez Izbę jest bowiem sporem co do prawa udzielenia przez zamawiającego zamówienia z wolnej ręki.

Po drugie, przepisy ustawy wymagają od Izby wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp) oraz wyrokowania na podstawie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego (art. 542 ust. 1 Pzp). Fakt unieważnienia postępowania na odcinek I został powołany przez odwołującego, kopia informacji o unieważnieniu została załączona do odwołania w charakterze dowodu, zatem ta okoliczność nie może być pominięta. Również zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał fakt unieważnienia postępowania. Okoliczności dotyczące unieważnienia postępowania na odcinek I Izba uznała zatem za relewantne dla rozstrzygnięcia.

Art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

Spełnienie wymagania dotyczącego czasu udzielenia zamówienia oraz udzieleniu go przystępującemu, którego zamawiający uznał za wykonawcę zamówienia podstawowego, nie są sporne. W okolicznościach sporu na pierwszy plan wysuwa się kwestia, czy zamówienie, którego

chce udzielić zamawiający to zamówienie, które było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Pomimo tego, że przepisy nie wymagają szczegółowego opisu zamówienia, które ma zostać powtórzone, to jednak nie może być wątpliwości, że sam fakt ogólnego wskazania na tę możliwość uznać należy za niewystarczający. Art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp odnosi się do przewidzianego w ogłoszeniu o zamówieniu powtórzenia tego samego rodzaju zamówień. Dotyczy zatem sytuacji, w której zamawiający udziela zamówienia podstawowego, ze wskazaniem, że dane zamówienie powtórzy w określonym, konkretnym zakresie. W przeciwnym razie brak byłoby możliwości uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających przy obliczaniu wartości zamówienia. Prawidłowe oszacowanie tej wartości musi odnosić się do zakresu robót, które były zamawiającemu znane przy przygotowaniu postępowania i nie zostały objęte zamówieniem podstawowym, lecz były przewidziane do udzielenia w przyszłości. W konsekwencji samo wskazanie ewentualnego powtórzenia zamówienia uznać należy za niewystarczające.

Kolejno ustalenia wymagało, co należy rozumieć pod pojęciem zamówienie podstawowe. Zamawiający nie odniósł się do tego precyzyjnie, jednak z jego stanowiska w sprawie wynikają dwie możliwości interpretacyjne. Pierwsza, że zamówieniem podstawowym jest całość zadania inwestycyjnego rozumianego jako budowa drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała i w ramach tego zamówienia podzielonego na cztery części zamawiający może ponawiać zamówienia, na co wskazywałoby akcentowanie przez zamawiającego funkcjonalnego powiązania pomiędzy robotami wykonywanymi na odcinku II oraz robotami przewidzianymi do wykonania w badanym postępowaniu. Druga, że część zamówienia na odcinek I może stanowić ponowienie robót budowlanych wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia na część II, co miałyby wynikać z przywołanego przez zamawiającego postanowienia pkt 5.2. SIWZ tego postępowania. Ponadto zamawiający pośrednio wskazywał na możliwość wzięcia pod uwagę całości zamierzenia inwestycyjnego rozumianego jako budowa drogi S1, gdyż zostało to wskazane w pkt 5.2. SIWZ.

W ocenie składu orzekającego w kontekście zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazanie całego zadania inwestycyjnego, jakim jest budowa drogi S1 Kosztowy Bielsko-Biała, mogłoby mieć znaczenie w sytuacji, gdy zamawiający w jego ramach udziela zamówienia na część tego zadania i zastrzega prawo ponawiania zamówienia w ramach tego zadania na kolejne części tej inwestycji, na które zamówienia nie udzielił, ani nie podjął próby ich udzielenia. Tak nie jest w okolicznościach sprawy, gdyż zamawiający prowadził cztery niezależne postępowania na cztery odcinki drogi S1 Kosztowy Bielsko-Biała. Brak jest więc jakiegokolwiek podstawy do przyjęcia, że część zamówienia na odcinek I może być jednocześnie powtórzonym zamówieniem na odcinek II. W przeciwnym razie te same usługi projektowe i roboty budowlane ujęte byłyby dwukrotnie zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i przy obliczaniu jego wartości. Taka sytuacja jest sprzeczna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz może prowadzić do nieracjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Całość inwestycji podzielona na cztery części (odcinki) na które zamawiający prowadził odrębne postępowania, i których wartość szacował oddzielnie, nie może być bowiem uznana za zadanie podstawowe. Twierdzenie przeciwne prowadziłyby po raz

kolejny do nielogicznego stwierdzenia, że te same roboty budowlane mogą być jednocześnie uznane za zamówienie podstawowe i udzielone w ramach powtórzenia.

Ponieważ zamawiający prowadził postępowania na wszystkie cztery odcinki, każdy z nich powinien być uznany za niezależne zamówienie podstawowe. W konsekwencji roboty podstawowe przewidziane do wykonania w ramach odcinka I nie pozostają w zgodzie z robotami przewidzianymi do wykonania jako zamówienie podstawowe w ramach odcinka II.

Izba zgodziła się z odwołującym, że powtórzenie zamówienia w zakresie, w którym zamawiający planuje go udzielić w tym postępowaniu, zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że zamawiający przewidział udzielenie zamówienia na prace projektowe i roboty budowlane dotyczące budowy drogi S1 Kosztowy-Bielsko-Biała. Odcinek I/A węzeł „Bieruń” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim” (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia” jako powtórzenie prac dotyczących Odcinka II Odcinek II „Oświęcim” (z węzłem) – Dankowice. Prace te ujęte były w opisie przedmiotu postępowania na odcinek I Kosztowy II (z węzłem) – „Oświęcim” (bez węzła).

Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczące odcinka I i unieważnił je na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 dPzp. Przepis ten stanowił, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Sprzeczne z elementarnymi zasadami logiki byłoby przyjęcie, że zamawiający na etapie wszczęcia postępowania na odcinek II przewiduje powtórzenie zamówienia w zakresie, na które wszczął i prowadził postępowanie, unieważnione następnie z przyczyn, których wystąpienie nie było możliwe do przewidzenia wcześniej. Stwierdzić zatem trzeba, że zamawiający nie tyle przewidział możliwość powtórzenia zamówienia w postępowaniu na odcinek II, co miał zamiar udzielić go w ramach innego postępowania na odcinek I, którego unieważnienia nie brał wcześniej pod rozwagę. Ubocznie można stwierdzić, że argumentacja zamawiającego o znaczeniu badanego zamówienia dla korzystania z odcinka II potwierdza znaczenie udzielenia zamówienia dla interesu publicznego.

W okolicznościach sporu należy przyjąć, że skoro zamawiający prowadził postępowania na wszystkie cztery odcinki, każdy z nich powinien być uznany za niezależne zamówienie podstawowe. W konsekwencji roboty podstawowe przewidziane do wykonania w ramach odcinka I nie pozostają w zgodzie z robotami przewidzianymi do wykonania jako zamówienie podstawowe w ramach odcinka II. Roboty budowlane będące przedmiotem badanego postępowania nie były wskazane jako możliwe do powtórzenia roboty budowlane opisane w części II postępowania, wchodzące w jego zakres oraz oszacowane w jego ramach. Przeciwnie były wskazane jako przedmiot odcinka I, tam opisane i wycenione.

Przesłanki udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki podlegają wykładni ścisłej, stanowią bowiem wyjątek od zasad udzielania zamówień publicznych przez wyłączenia możliwości konkurencyjności wykonawców. Pogląd ten jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie dotyczącym

zamówień publicznych (*vide* przykładowo: ETS sprawa C-57/94, C-385/02). Zasady udzielania zamówień publicznych: równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują, aby w razie wątpliwości, co do spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przyjmować wykładnię bardziej restrykcyjną, nie zaś rozszerzającą. Przewidzenie powtórzenia danego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego powinno zatem odnosić się do konkretnie oznaczonego zakresu prac, który powinien być znany wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia podstawowego i którego indywidualnie oszacowana wartość powinna być uwzględniona w wartości zamówienia podstawowego.

Art. 32 ust. 5 dyrektywy 2014/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi stanowi, że instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia (...) w odniesieniu do nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, na podstawie jednej z procedur zgodnie z art. 26 ust. 1. Podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych lub usług oraz warunki na jakich zostanie udzielone. Objęcie prac projektem, o którym mówi przywołany przepis dyrektywy, oznacza, że zakres możliwych do uzyskania w przyszłości zamówień wynikający z możliwości ich powtórzenia, powinien być znany wykonawcom składającym wnioski lub oferty. Z tego punktu widzenia objęcie wszystkich czterech odcinków jedną decyzją środowiskową, na co powoływał się zamawiający, jest niewystarczające. Z wiedzy na temat tej decyzji nie wynika żadna informacja, co do możliwości uznania robót w niej ujętych jako zamówień, które mogą zostać powtórzone w przyszłości. Nie odpowiada prawu taki opis ogłoszenia o zamówieniu, czy SWZ, który umożliwia zamawiającemu przenoszenie części zamówienia pomiędzy niezależnie prowadzonymi postępowaniami. Uznanie poglądu zamawiającego, że okoliczności unieważnienia postępowania na część inwestycji pozostają bez znaczenia prowadziłyby w istocie do zachowań antykonkurencyjnych: unieważnianiu postępowań w częściach, gdzie zamawiającemu nie odpowiada wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, po to by udzielić tego zamówienia wykonawcy innej części, którego zamawiający aprobeuje, z całkowitym pominięciem konkurencji.

W ocenie Izby pkt 5.2. SWZ nie stanowi o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego względem zamówienia podstawowego (niezależnie od tego jak definiuje się jego zakres), lecz stanowi klauzulę o charakterze generalnym. Potwierdza to samo jej brzmienie, gdzie zamawiający nie odwołał się do zamówienia podstawowego, lecz całości drogi S1. W konsekwencji zamawiający podjął próbę stworzenia sobie możliwości dowolnego ponawiania zamówień na całej drodze S1, a nie jedynie w odniesieniu do wybranej jej części lub całości inwestycji rozumianej jako budowa drogi S1 Kosztowy Bielsko-Biała. Udzielanie zamówień z

wolnej ręki – w tym również powtarzanie zamówień podobnych - powinno stanowić instytucję o wyjątkowym charakterze. Tymczasem brzmienie postanowienia 5.2. SIWZ daje zamawiającemu arbitralną możliwość udzielania zamówień o znacznej wartości poza procedurą konkurencyjną. Uznaniu tak sformułowanej klauzuli za przewidzenie możliwości powtórzenia zamówienia podstawowego w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp Izba postanowiła się sprzeciwić.

Podnoszone przez zamawiającego argumentacja celowościowa o znaczeniu zamawianych robót budowlanych dla możliwości korzystania z odcinka II, zakres zamawianych prac oraz ich wartość pozbawiona jest istotnego znaczenia, gdyż przesłanki zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odnoszą się do tych okoliczności. Orzecznictwo powoływane przez strony zapadło w całkowicie odmiennych okolicznościach faktycznych, a biorąc pod uwagę, że art. 67 ust. 1 pkt 6 dPzp przeniesiony do ustawy w art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp wszedł w życie 28 lipca 2016 r., również w odniesieniu do innego brzmienia przepisu. Poglądy w nich zawarte są nieadekwatne do realiów badanego postępowania.

Izba zważyła zatem, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp z naruszeniem tego przepisu. Naruszenie to skutkuje nieuzasadnionym wyborem trybu niekonkurencyjnego. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek ustawowych umożliwiających skorzystanie z tego trybu prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Zarzuty naruszenia art. 129 ust. 2 oraz art. 16 Pzp znalazły potwierdzenie.

Naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania. Udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym otwiera możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia innym niż przystępujący wykonawcom, zatem Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Wyeliminowanie naruszeń, których dopuścił się zamawiający, w inny sposób nie jest możliwe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był zamawiający.

Przewodnicząca:

.....

.....